A

SME Ordnance Sdn Bhd lwn Kementerian Pertahanan Malaysia dan satu lagi

B

MAHKAMAH TINGGI (KUALA LUMPUR) — GUAMAN SIVIL NO WA-21NCvC-92–10 TAHUN 2020
RAJA AHMAD MOHZANUDDIN SHAH PK
16 OKTOBER 2023

C

Kontrak — Masa — Masa adalah inti pati kontrak — Kelewatan membekal dan menghantar misil — Kontrak-kontrak tambahan — Sama ada kontrak-kontrak tambahan mengekalkan terma utama bahawa masa kekal membentuk inti pati kontrak — Sama ada terma masa adalah inti pati kontrak digugurkan — Sama ada masa menjadi bebas dalam kontrak — Klausa berkaitan ganti rugi atau pampasan — Sama ada pihak yang tidak bersalah dibenarkan membuat tuntutan ganti rugi — Sama ada jumlah ganti rugi mestilah munasabah — Sama ada jumlah ganti rugi tidak boleh melebihi jumlah yang ditetapkan dalam kontrak

D

E

Isu yang berbangkit di dalam tindakan ini adalah berkaitan dengan perolehan peluru berpandu yang dikenali sebagai Misil Bakhtar Shikan Model 8C ('misil'). Dalam hal perolehan ini, plaintif berperanan selaku agen tunggal kepada Global Industrial & Defence Solutions ('GIDS') iaitu sebuah syarikat yang dimiliki oleh Kerajaan Pakistan. Lanjutan daripada satu mesyuarat rundingan kontrak di antara plaintif dan defendan-defendan di kementerian defendan pertama, satu surat setuju terima telah dikeluarkan oleh defendan pertama yang mana defendan-defendan telah bersetuju menerima tawaran plaintif bagi tujuan 'Membekal Dan Menghantar Misil Bakhtar Shikan Untuk Kegunaan Tentera Darat Malaysia' ('surat setuju terima'). Surat setuju terima ini memperuntukkan, antara lain, bahawa: (a) nilai kontrak yang disetujui adalah RM41,922,000 (RM104,805 sebutir x 400 butir); (b) sehingga perjanjian kontrak yang formal dilaksanakan, nilai kontrak serta surat setuju terima menjadi kontrak sah yang mengikat plaintif dan defendan-defendan; dan (c) tarikh penghantaran misil adalah pada atau sebelum 31 Oktober 2016 ('tarikh penghantaran pertama'). Lanjutan tarikh penghantaran misil dirunding semula dimana tarikh penghantaran misil ditukar menjadi 30 November 2016 ('tarikh penghantaran kedua'). Susulan itu, satu kontrak ('kontrak utama') ditandatangani oleh plaintif dan defendan kedua. Oleh kerana GIDS tidak dapat memenuhi tarikh penghantaran kedua, satu kontrak tambahan disetujui untuk melanjutkan tarikh penghantaran misil, buat kali ketiga ('kontrak tambahan pertama') yang mana di antara terma yang dipinda adalah bahawa tarikh penghantaran telah diubah kepada 31 Julai 2017 ('tarikh penghantaran ketiga'). Tidak terhenti di situ, satu lagi kontrak tambahan

F

G

H

I

ditandatangani oleh pihak-pihak untuk sekali lagi meminda tarikh penghantaran menjadi 30 April 2018 ('tarikh penghantaran keempat') ('kontrak tambahan kedua'). Pada sekitar bulan Mac 2018, GIDS telah memberi notis bahawa kesemua 400 unit misil akan sedia untuk penghantaran selewat-lewatnya pada 15 April 2018. Namun plaintif telah melepasi had masa tarikh penghantaran keempat. Akhirnya, misil tersebut telah telah tiba di Pelabuhan Klang pada 4 Mei 2019. Melalui tindakan ini, plaintif kini membangkitkan isu kegagalan di pihak defendan-defendan untuk membayar mereka baki jumlah penjualan misil tersebut yang dikatakan telah sempurna dibekalkan kepada defendan-defendan. Defendan-defendan pula mendakwa bahawa terdapat kelewatan di dalam pembekalan misil tersebut oleh plaintif yang menyebabkan mereka berhak untuk mengenakan jumlah ganti rugi yang telah ditentukan secara kontrak atau 'liquidated ascertained damages' ('ganti rugi') terhadap plaintif. Isu-isu yang dibangkitkan untuk pertimbangan mahkamah adalah: (i) sama ada masa untuk penghantaran misil adalah bebas; dan (ii) sama ada defendan kedua berhak mengenakan ganti rugi.

Diputuskan, membenarkan sebahagian tuntutan tanpa kos:

(1) Kontrak utama telah pada asalnya menetapkan tarikh penghantaran misil adalah pada atau sebelum 30 November 2016 sepertimana yang telah sedia dinyatakan di klausa 9. Pada tahap ini adalah didapati bahawa klausa 9 adalah ternyata perlu dibaca bersama-sama dengan klausa 35 yang telah secara nyata dan terang memperuntukkan bahawa masa adalah merupakan inti pati kontrak. Perkara ini adalah terbukti apabila wujudnya kontrak tambahan pertama dan kontrak tambahan kedua yang memberikan masa tambahan. Kedua-dua kontrak tambahan pertama dan kontrak tambahan kedua ini masih mengekalkan terma yang khusus berhubung dengan isu masa di mana ia adalah masih merupakan inti pati kontrak. Ini jelas menunjukkan bahawa pada hakikatnya, terma yang utama ini tidak pernah diniatkan u ntuk digugurkan sama sekali oleh pihak-pihak (lihat perenggan 38–39).

(2) Memandangkan plaintif tidak berupaya untuk melaksanakan penghantaran misil pada 30 April 2018 yang merupakan tempoh masa lanjutan di bawah kontrak tambahan kedua, maka defendan-defendan telah bersetuju untuk memberikan plaintif tarikh yang akhir bagi penghantaran misil tersebut yang mana ianya telah dilanjutkan sehingga 30 Mac 2019. Walau bagaimanapun, defendan-defendan telah jelas berpendirian bahawa ia adalah tetap tertakluk kepada hak defendan kedua untuk mengenakan ganti rugi. Hak ini tidak sesekali pernah diabaikan oleh defendan-defendan terutamanya defendan kedua (lihat perenggan 41).

(3) Semasa pihak-pihak memasuki kontrak utama pihak-pihak sedar bahawa masa akan dipinda dan ia tidak sesekali bersifat menghalang defendan

kedua daripada mengenakan ganti rugi. Ini adalah kerana pihak plaintif masih lagi terikat dengan kesemua kontrak yang dimasuki di antara pihak-pihak tersebut termasuklah yang terakhirnya melalui kontrak tambahan kedua yang jelas memperuntukkan masa penghantaran hanya dilanjutkan setakat 30 April 2018. Maka, masa adalah tidak sesekali menjadi bebas di dalam kontrak ini. Defendan-defendan telah menyatakan dengan jelas berhubung tarikh akhir bagi penghantaran misil yang telah terdahulu sebelum itu dilanjutkan sehingga 30 Mac 2019 di samping berpegang kukuh kepada hak mereka untuk mengenakan ganti rugi yang turut diberikan notis kepada plaintif (lihat perenggan 42–43).

(4) Defendan-defendan telah berjaya membuktikan telah wujud kemungkiran kontrak di pihak plaintif dan keduanya, kontrak yang berkenaan adalah ternyata memperuntukkan terma yang memberikan hak kepada defendan kedua untuk mengenakan ganti rugi. Maka secara prinsipnya, defendan kedua adalah berhak untuk mengenakan ganti rugi, tidak kiralah sama ada kerugian sebenar telah dibuktikan ataupun tidak (lihat perenggan 50).

(5) Walaupun defendan pertama telah mengenakan ganti rugi berjumlah RM10,312,812, defendan pertama sendiri mengaku bahawa sememangnya tidak wujud apa-apa kerugian kewangan di pihak defendan-defendan meskipun wujud kegagalan oleh plaintif untuk mengemukakan misil tersebut dalam tempoh masa yang disetujui. Kerugian yang dikatakan wujud hanya melibatkan isu rancangan operasi tentera tetapi tiada apa-apa dokumen berkaitan ini dirujuk untuk menunjukkan bagaimana operasi tentera tergendala. Oleh itu, defendan-defendan gagal melepaskan beban pembuktian untuk menunjukkan kerugian tersebut (lihat perenggan 54).

(6) Pihak yang yang mengalami kerugian adalah plaintif kerana bukan sahaja defendan pertama telah memperolehi 400 butir Misil Bakhtar Shikan tersebut untuk kegunaan Tentera Darat Malaysia, malahan defendan-defendan menerima keuntungan pula apabila mengenakan sejumlah RM10,312,812 sebagai ganti rugi sedangkan tiada sebarang kerugian langsung daripada segi kewangan yang dialami oleh defendan-defendan. Jikapun defendan kedua diarahkan untuk mengembalikan jumlah wang RM10,312,812.00 tersebut, ianya sama sekali tidak merugikan defendan-defendan kerana defendan kedua hanya membayar jumlah penuh harga misil tersebut yang manfaatnya telahpun diperolehi oleh defendan-defendan sepenuhnya daripada plaintif. Oleh itu, jumlah ganti rugi yang dikenakan tersebut adalah keterlaluan dan tidak munasabah dan klausa mengenai gantirugi tersebut adalah tidak boleh untuk dikuatkuasakan. Berikutan itu, defendan-defendan

diperintahkan, antara lain, untuk membayar, secara bersama dan berasingan jumlah RM10,312,812 kepada plaintif (lihat perenggan 58, 64 & 68).

[English summary

The issues in this action were due to the procurement of the missiles known as the Misil Bakhtar Shikan Model 8C ('the missiles'). In this procurement, the plaintiff acted as the sole agent of Global Industrial & Defence Solutions ('GIDS'), a company owned by the Government of Pakistan. Following a contract negotiation meeting between the plaintiff and the defendants at the first defendant's ministry, a letter of acceptance was issued by the first defendant in which the defendants agreed to accept the plaintiff's offer for the purpose of 'supplying and delivering Bakhtar Shikan missiles for the use of the Malaysian Army' ('letter of acceptance'). This letter of acceptance stated, inter alia, that: (a) the value of the agreed contract was RM41,922,000 (RM104,805 per piece x 400 pieces); (b) when the formal contractual agreement was enterred, the value of the contract and the letter of acceptance became a valid contract binding on the plaintiff and the defendants; and (c) the date of delivery of the missiles was on or before 31 October 2016 (the 'first delivery date'). The extension of the missile delivery date was re-negotiated whereas the missile delivery date was then changed to 30 November 2016 (the 'second delivery date'). Subsequently, a contract ('master contract') was signed by the plaintiff and the second defendant. As GIDS was unable to meet the second delivery date, an additional contract was entered to extend the missile delivery date, for the third time (the 'first supplementary contract'), the delivery date was changed to 31 July 2017 (the 'third delivery date'). Another supplementary contract was signed by the parties the delivery date to 30 April 2018 ('fourth delivery date') ('second supplementary contract') was amended again. Around March 2018, GIDS gave notice that all 400 units of missiles would be ready for delivery by 15 April 2018. However, the plaintiff had exceeded the time limit of the fourth delivery date. Finally, the missile had arrived at Port Klang on 4 May 2019. The plaintiffs in this action raised the issue of failure on the part of the defendants to pay them the remaining amount of the missile sales which was said to have been supplied to the defendants. The defendants, on the other hand, claimed that there was a delay in the supply of the missiles by the plaintiffs which resulted in them being entitled to liquidated ascertained damages against the plaintiffs. The issues for the court's consideration were: (i) whether the time for the delivery of the missiles was independent; and (ii) whether the second defendant was entitled to damages.

Held, allowing the claim in parts without costs:

(1) The main contract stipulated that the date for the delivery of the missiles was on or before 30 November 2016 as stated in cl 9. Clause 9 ought to be read together with cl 35 which expressly and clearly stated that time

was the essence of the contract. This was evident when there was a first supplementary contract and second supplementary contract that granted an extra time. Both first supplementary contract and the second supplementary contract still retained specific terms in relation to the issue of time which was still the essence of the contract. The parties did not intended to ignore this essential terms (see paras 38–39).

(2) Since the plaintiff was unable to deliver the missiles by 30 April 2018, which the time was extended under the second supplementary contract, the defendants agreed to give the plaintiffs a deadline for the delivery of the missiles, which was extended until 30 March 2019. However, the defendant had clarified that it was still subject to the right of the second defendant to claim damages. This right had never been waived by the defendant especially the second defendant (see para 41).

(3) When the parties entered into the main contract, the parties were aware that the time would be amended and it was in no way in a manner preventing the second defendant from seeking damages. This was because the plaintiff was still bound by all the contracts entered into between the parties including the last one through the second supplementary contract which clearly stated for the delivery time to be extended only until 30 April 2018. Thus, time was never excluded in the contract. The defendants had made it clear that the deadline for the delivery of the missiles had been extended to 30 March 2019 while upholding their right to seek damages which was also given notice to the plaintiffs (see paras 42–43).

(4) The defendants had succeeded in proving that there was a breach of contract on the part of the plaintiff and the contract in question was to provide for terms that gave the second defendant the right to claim damages. Therefore, in principle, the second defendant was entitled to damages, regardless of whether the actual loss had been proven or not (see para 50).

(5) Even though the first defendant had sought damages amounting to RM10,312,812, the first defendant himself admitted that there was indeed no financial loss on the part of the defendants despite the failure by the plaintiff to deliver the missiles within the agreed time frame. The losses which was said to exist only involve the issue of the military operation plan but there was no documents related tendered to show how the military operation was disrupted. Therefore, the defendants failed to discharge the burden of proof to show the loss occurred (see para 54).

(6) The party that suffered the loss was the plaintiff because not only the first defendant obtained the 400 Bakhtar Shikan missiles for the use of the Malaysian Military, but the defendants also received profits when charging a total of RM10,312,812 as damages when there was no direct

financial loss suffered by the defendants. Even if the second defendant was ordered to return the amount of RM10,312,812.00, it did not harm the defendants at all as the second defendant only paid the full amount of the price of the missiles which the defendants had already obtained from the plaintiff. Therefore, the amount of damages imposed was excessive and unreasonable and the clause on such damages was unenforceable. Accordingly, the defendants were ordered, among others, to pay, jointly and severally the amount of RM10,312,812 to the plaintiffs (see paras 58, 64 & 68).]

Kes-kes yang dirujuk

Damansara Realty Bhd v Bungsar Hill Holdings Sdn Bhd & Anor [2011] 6 MLJ 464; [2011] 9 CLJ 257, MP (dirujuk)

Hock Huat Iron Foundry (suing as a firm) v Naga Tembaga Sdn Bhd [1999] 1 MLJ 65; [1998] 2 MLRA 356, MR (dirujuk)

Masjaya Trading Sdn Bhd v Kedah Cement Sdn Bhd [2004] MLJU 758; [2004] 1 MLRA 762, MR (diikut)

Sime Hok Sdn Bhd v Soh Poh Sheng [2013] 2 MLJ 149; [2013] 2 MLRA 636, MP (dirujuk)

Superintendent of Lands and Surveys (4th Div) & Anor v Hamit bin Matusin & Ors [1994] 3 MLJ 185; [1994] 1 MLRA 300, MA (dirujuk)

Tekun Nasional v Plenitude Drive (M) Sdn Bhd and another appeal [2021] 6 MLJ 619; [2021] 10 CLJ 206, MP (dirujuk)

Undng-undang yang dirujuk

Akta Kontrak 1950 ss 47, 56, 56(1), (2), 75

Mohd Munzeer bin Zainul Abidin (Syed Ahmed Khabir bin Abdul Rahman bersamanya) (Yusfarizal Aziz & Zaid) bagi pihak plaintif.

Nik Mohd Noor bin Nir Kar (Rohaiza bt Hamzah bersamanya) (Peguam Kanan Persekutuan, Jabatan Peguam Negara) bagi pihak defendan.

Raja Ahmad Mohzanuddin Shah PK:

PRAWACANA

[1] Isu yang berbangkit di dalam tindakan ini adalah berkaitan dengan perolehan peluru berpandu yang dikenali sebagai 'Misil Bakhtar Shikan Model 8C' ('misil') bagi maksud memperkasakan kelengkapan persenjataan Tentera Darat Malaysia iaitu salah satu cabang di bawah Angkatan Tentera Malaysia yang berada di bawah kawal selia kementerian defendan pertama.

[2] Dalam hal perolehan ini, plaintif telah berperanan selaku agen tunggal kepada Global Industrial & Defence Solutions ('GIDS') iaitu sebuah syarikat yang dimiliki oleh Kerajaan Pakistan.

[3] Sebelum penglibatan plaintif, telah wujud hubungan secara langsung di antara GIDS dan defendan kedua di mana perolehan misil pada ketika itu dilakukan secara terus di antara kedua-dua pihak tersebut. Walaubagaimanapun, bermula pada 2014, GIDS tidak lagi berurusan dengan defendan kedua kerana telah melantik plaintif selaku agen tunggal mereka di Malaysia.

[4] Melalui tindakan ini, plaintif kini membangkitkan isu kegagalan di pihak defendan-defendan untuk membayar mereka baki jumlah penjualan misil tersebut yang dikatakan telah sempurna dibekalkan kepada defendan-defendan. Defendan-defendan pula mendakwa bahawa terdapat kelewatan di dalam pembekalan misil tersebut oleh plaintif yang menyebabkan mereka berhak untuk mengenakan jumlah ganti rugi yang telah ditentukan secara kontrak atau 'liquidated ascertained damages' ('ganti rugi') terhadap plaintif.

[5] Bertitik tolak daripada perkara itu, plaintif kini memohon penuntutan-penuntutan, yang di antara lainnya, seperti berikut terhadap defendan-defendan:

(a) satu perisytiharan bahawa pengenaan ganti rugi yang berjumlah RM10,312,812 oleh defendan-defendan terhadap plaintif adalah salah, tidak patut dan/atau melanggar nas undang-undang;

(b) satu perintah untuk defendan-defendan membayar, secara bersama dan berasingan, jumlah RM10,312,812 kepada plaintif;

(c) ganti rugi am, ganti rugi teladan dan/atau ganti rugi teruk yang akan ditaksirkan oleh mahkamah; dan

(d) faedah ke atas jumlah penghakiman sebanyak 5% setahun bermula dari tarikh pengenaan ganti rugi sehingga ke tarikh penghakiman dan disusuli oleh jumlah faedah yang sama dari tarikh penghakiman sehingga penyelesaian sepenuhnya.

LATAR BELAKANG PERTIKAIAN DI ANTARA PIHAK-PIHAK

[6] Lanjutan daripada satu mesyuarat rundingan kontrak di antara plaintif dan defendan-defendan pada 30 September 2014 di kementerian defendan pertama, satu surat setuju terima bertarikh 17 Disember 2014 telah dikeluarkan oleh defendan pertama yang mana defendan-defendan telah bersetuju menerima tawaran plaintif bagi tujuan 'Membekal Dan Menghantar Misil Bakhtar Shikan Untuk Kegunaan Tentera Darat Malaysia' ('surat setuju terima').

[7] Surat setuju terima tersebut, yang turut dianggap menjadi sebahagian daripada terma-terma kontrak, mengandungi syarat-syarat seperti berikut yang, di antara lainnya, memperuntukkan bahawa:

(a) nilai kontrak yang dipersetujui adalah sebanyak RM41,922,000;

(b) jumlah keseluruhan misil adalah sebanyak 400 butir pada harga RM104,805 sebutir;

(c) tempoh kontrak adalah selama tiga tahun;

(d) sehingga perjanjian kontrak yang formal dilaksanakan, nilai kontrak berserta surat setuju terima tersebut akan menjadi kontrak yang sah untuk mengikat plaintif dan defendan-defendan;

(e) plaintif perlu mendepositkan suatu bon perlaksanaan dalam bentuk jaminan bank sebanyak RM2,096,100 yang merupakan 5% daripada nilai penghantaran pertama dalam tempoh 14 hari daripada tarikh surat setuju terima tersebut;

(f) plaintif perlu menandatangani surat akuan pembida berjaya; dan

(g) tarikh penghantaran misil tersebut mestilah dilakukan pada atau sebelum 31 Oktober 2016 ('tarikh penghantaran pertama').

[8] Surat setuju terima tersebut telah diakui terima oleh plaintif pada 18 Disember 2014.

[9] Melalui satu surat pindaan pertama kepada surat setuju terima tersebut yang bertarikh 17 Februari 2015, tarikh penghantaran misil telah dirunding semula dan ditukar kepada 30 November 2016 ('tarikh penghantaran kedua').

[10] Pada 6 Jun 2015, Kontrak No KP/PER01C/RT150/14/OE-04 ('kontrak utama') telah ditandatangani oleh plaintif dan defendan kedua.

[11] Di antara kandungan penting terma-terma kontrak utama tersebut adalah seperti berikut:

(a) klausa 6 memperuntukkan bahawa tanpa mengambil kira tarikh kontrak ini ditandatangani, kontrak ini hendaklah berkuatkuasa selama tiga tahun bermula daripada tarikh surat setuju terima pada 18 Disember 2014–17 Disember 2017. Apa-apa perlanjutan tempoh kuatkuasa kontrak ini hanya boleh dibuat dengan persetujuan bersama pihak-pihak secara bertulis selaras dengan klausa 40. Tanpa mengambil kira tempoh kontrak ini, kontrak ini akan terus berkuatkuasa sehingga semua hak dan obligasi kontrak dipenuhi melainkan jika kontrak ini ditamatkan;

(b) klausa 11 memperuntukkan, di antara lain, bahawa defendan kedua

hendaklah membuat bayaran mengikut nilai penghantaran misil iaitu bayaran pendahuluan sebanyak RM10 juta ('bayaran pertama') dan bayaran penghantaran tahun 2016 sejumlah RM31,922,000 ('bayaran akhir') dan hendaklah dibuat dalam tempoh 14 hari dari tarikh dokumen-dokumen sepertimana yang diperuntukkan di dalam klausa tersebut dikemukakan oleh plaintif;

(c) klausa 12 memperuntukkan bahawa sebelum penghantaran misil tersebut, defendan kedua berhak melaksanakan ujian dan pemeriksaan awal (*pre-delivery inspection* atau 'PDI') terhadap misil tersebut; dan

(d) klausa 35 memperuntukkan bahawa masa hendaklah menjadi inti pati kontrak.

[12] Apa yang berlaku berikutnya adalah GIDS telah memaklumkan bahawa mereka tidak dapat mengeluar dan membekalkan misil tersebut mengikut tarikh penghantaran kedua kerana dikatakan terdapat keperluan mendesak di pihak ketenteraan Pakistan untuk memperolehi misil tersebut.

[13] Oleh kerana itu, pihak-pihak telah kemudiannya bersetuju untuk melanjutkan tarikh penghantaran misil dan susulan itu Kontrak tambahan pertama kepada No Kontrak KP/PER01C/RT150/14/OE-04 telah ditandatangani pada 28 April 2017 ('kontrak tambahan pertama') yang mana di antara terma yang dipinda adalah bahawa tarikh penghantaran telah diubah kepada 31 Julai 2017 ('tarikh penghantaran ketiga').

[14] Tidak terhenti di situ, kontrak tambahan kedua kepada Kontrak No KP/PERO1C/RT150/14/OE-04 bertarikh 12 Disember 2017 ('kontrak tambahan kedua') telah pula selanjutnya ditandatangani oleh pihak-pihak yang mana di antara terma yang dipinda adalah bahawa tarikh penghantaran telah diubah kepada 30 April 2018 ('tarikh penghantaran keempat').

[15] Pada sekitar bulan Mac 2018, GIDS telah memberi notis bahawa kesemua 400 unit misil akan sedia untuk penghantaran selewat-lewatnya pada 15 April 2018, namun GIDS telah menuntut untuk bayaran baki harga jualan dibuat sebelum sebarang pemeriksaan dan pengujian ke atas misil tersebut dapat dilakukan.

[16] Plaintif telah, lantaran itu, membuat permohonan kepada defendan pertama pada 26 April 2018 untuk defendan pertama membuat bayaran secara terus kepada GIDS bagi sejumlah RM27,188,967 untuk membolehkan misil tersebut dibawa masuk ke dalam negara, sementara sebahagian lagi bakinya sejumlah RM4,733,033 dibayar kepada plaintif selepas selesai penghantaran misil tersebut kepada pihak Tentera Darat Malaysia.

[17] Namun, defendan pertama telah menolak permohonan plaintif pada 15 Mei 2018 semasa suatu mesyuarat yang turut dihadiri oleh wakil plaintif atas dasar bahawa bayaran kepada GIDS secara sedemikian adalah bertentangan dengan peraturan kewangan. Defendan-defendan berpendirian bahawa sepertimana terma asal kontrak, bayaran akan hanya dibuat setelah misil tersebut diserahkan serta diterima oleh Tentera Darat Malaysia.

[18] Plaintif telah pada 28 Mei 2018 membuat permohonan kepada defendan-defendan bagi kaedah pembayaran alternatif dilakukan termasuklah mencadangkan agar kontrak tersebut diserahhak atau dinovasikan kepada GIDS supaya kesannya akan menunjukkan bahawa pihak yang berkontrak adalah di antara GIDS dan defendan kedua. Ini adalah dikatakan bagi memudahkan proses pembayaran secara langsung daripada defendan kedua kepada GIDS di mana ia bukan lagi melibatkan plaintiff. Namun, sekali lagi permintaan plaintif telah turut juga ditolak oleh defendan-defendan.

[19] Dalam pada itu, plaintif telah melepasi had masa tarikh penghantaran keempat iaitu pada 30 April 2018.

[20] Seterusnya, memandangkan wujudnya isu-isu tersebut yang masih tergantung, maka plaintif telah melanjutkan tempoh keesahan bon pelaksanaan sehingga ke 16 Jun 2019. Di dalam masa yang sama, plaintif akan berusaha mendapatkan bantuan kewangan daripada sumber-sumber yang lain. Ini jelas menunjukkan di sini bahawa plaintif mengalami kekangan kewangan di pihak mereka.

[21] Pada 27 November 2018, plaintif telah mengemukakan rancangan untuk pemeriksaan sebelum penghantaran ('pre-delivery inspection') di Karachi, Pakistan. Kebenaran dikatakan telah diberikan kepada plaintif pada 28 Januari 2019 untuk mewakili defendan kedua di dalam menjalankan proses pemeriksaan sebelum penghantaran.

[22] Susulan itu, pemeriksaan sebelum penghantaran yang bertempat di Pakistan dari 28 Januari 2019–2 Februari 2019 dikatakan telah berjaya dijalankan dan laporan keputusan pemeriksaan sebelum penghantaran telah diluluskan oleh defendan pertama pada 18 Februari 2019.

[23] Atas dasar itu, penghantaran misil tersebut telah dirancang untuk dibuat pada 9 Mac 2019, namun begitu pada 8 Mac 2019 GIDS telah mengalami kesulitan di dalam penghantaran misil tersebut dan telah memohon penghantaran dibuat pada 24 Mac 2019.

[24] Akhirnya, sebuah kapal bernama MV Panthera J yang mengangkut misil tersebut telah berlepas daripada pelabuhan Karachi, Pakistan pada 1 April

2019 dan telah tiba di Pelabuhan Klang pada 4 Mei 2019. Misil tersebut telah kemudiannya dihantar untuk disimpan di Depoh Peluru Pusat di satu lokasi di Semenanjung Malaysia.

[25] Hasilnya, ini telah membawa kepada pengeluaran sijil pemeriksaan dan penerimaan akhir yang diberikan oleh defendan pertama pada 17 Mei 2019.

[26] Berikutan itu, plaintif telah mengemukakan dokumen bagi tujuan pembayaran bayaran akhir pada 28 Mei 2019 bagi sejumlah RM31,922,000. Perlu juga diambil kira bahawa plaintif telah sebelum itu menerima jumlah bayaran pendahuluan sebanyak RM10 juta.

[27] Namun demikian, penyelesaian bagi bayaran akhir telah hanya dibuat pada 8 Julai 2019 di mana pada masa yang sama juga jumlah ganti rugi sebanyak RM10,312,812 yang dikira dari tarikh penghantaran keempat iaitu 30 April 2018 telah dikenakan oleh defendan kedua terhadap plaintif di atas sebab kelewatan yang berlaku di dalam penghantaran misil tersebut dan jumlah ganti rugi ini telah ditolak daripada jumlah bayaran akhir yang diterima oleh plaintif. Justeru, plaintif hanya menerima sejumlah RM21,609,188 sahaja sebagai bayaran akhir tersebut.

[28] Plaintif telah membuat permohonan untuk pengecualian pengenaan ganti rugi yang dikenakan ke atasnya, namun telah ditolak oleh defendan kedua pada 12 April 2019. Plaintif telah membuat beberapa rayuan susulan mengenai perkara itu pada 29 April 2019, 26 Jun 2019 dan 5 Julai 2020. Namun begitu, defendan pertama telah menolak rayuan-rayuan plaintif untuk pengecualian tersebut dan memutuskan bahawa pengenaan ganti rugi sebanyak RM10,312,812 tersebut adalah dikekalkan. Plaintif telah sekali lagi membuat berbagai rayuan bagi pengecualian tersebut namun defendan pertama masih menolak rayuan-rayuan plaintif tersebut.

ISU-ISU UNTUK DIBICARAKAN

[29] Bagi maksud perbicaraan tindakan ini, berikut adalah merupakan isu-isu untuk dibicarakan yang telah dipersetujui oleh pihak-pihak:

(a) sama ada penghantaran misil dilanjutkan ke tarikh penghantaran kelima (30 Mac 2019)?

(b) sama ada masa masih lagi merupakan inti pati kontrak?

(c) sama ada masa untuk penghantaran misil adalah bebas (*time is at large*)?

(d) sama ada defendan-defendan mempunyai tugas-tugas fidusiari di bawah kontrak?

(e) sama ada defendan kedua berhak mengenakan ganti rugi? dan

(f) sama ada defendan kedua bertanggungjawab bagi tuntutan plaintif? A

[30] Mahkamah mendapati bahawa isu-isu tersebut boleh dirangkumkan kepada hanya dua isu utama iaitu:

(a) sama ada masa untuk penghantaran misil adalah bebas? dan B

(b) sama ada defendan kedua berhak mengenakan ganti rugi?

Sama ada masa untuk penghantaran misil adalah bebas?

C

[31] Menurut hujahan plaintif, adalah merupakan undang-undang yang mantap bahawa sekiranya sesuatu kontrak itu dibenarkan untuk dilaksanakan melampaui tarikh pelaksanaan yang asal, maka masa adalah menjadi bebas. Sebagai permulaan kepada isu ini, plaintif telah merujuk kepada keputusan Mahkamah Persekutuan di dalam kes *Sime Hok Sdn Bhd v Soh Poh Sheng* [2013] 2 MLJ 149; [2013] 2 MLRA 636 yang telah memperuntukkan sepertimana berikut melalui penghakiman Jeffrey Tan HMP di ms 160 (MLJ); ms 645 (CLJ) iaitu sekiranya pihak yang tidak bersalah tidak membatalkan kontrak tetapi sebaliknya membenarkan pihak yang mungkir untuk melaksanakan kontrak di luar tempoh masa asal yang telah dipersetujui sebelum itu, maka masa bukan lagi menjadi inti pati kontrak dan oleh itu masa telah menjadi bebas, maka pihak yang mungkir dibenarkan untuk melaksanakan tanggungjawab kontraknya di dalam tempoh masa yang munasabah: D E

> [14] The long and short of it, as held and observed in *Hock Huat Iron Foundry*, is that where a party not in default does not rescind a contract under s 56(1) of the Contracts Act 1950 but allows the party in default to complete the work beyond the completion date, then time is no longer of the essence of the contract, and that when time is at large, the promisor must perform the promise within a reasonable time as provided under s 47 of the Act, and if there is unreasonable delay the party not in default may give a notice fixing a reasonable time for performance after the expiration of which the party not in default would treat the contract as at an end (rephrased from *Law of Contract in Malaysia* by A Mohaimin Ayus at p 20). Again it was not held, only that time by the Court of Appeal, that a notice fixing a reasonable time for performance is required before breach of a promise in which time for performance is not specified could crystallise. Indeed, we were not shown any authority that ruled that such notice is essential before breach could occur. Rather, to the contrary, there is a decision of this court, namely *Damansara Realty Bhd v Bungsar Hill Holdings Sdn Bhd & Anor* [2011] 6 MLJ 464; [2011] 1 MLRA 165, that could not but only point that breach occurs after the expiration of reasonable time for performance. F G H I

[32] Plaintif juga turut merujuk kepada s 56 Akta Kontrak 1950 dan juga kes *Hock Huat Iron Foundry (suing as a firm) v Naga Tembaga Sdn Bhd* [1999] 1 MLJ 65; [1998] 2 MLRA 356 di mana NH Chan HMR telah menyatakan

sepertimana berikut di ms 73 (MLJ); ms 360 (CLJ) penghakiman beliau:

> [21] Since the defendant did not rescind the contract under s 56(1) when the plaintiff failed to complete on 31 January 1981 but instead had allowed the completion date to pass and had even allowed the plaintiff to remedy his default by permitting him to continue to work on the project until it was wholly completed, time was no longer to be regarded as of the essence of the contract. And when time is no longer of the essence of the contract, s 56(1) (which is only applicable to cases where the parties to the contract have intended that time is essential) no longer applies.
>
> [22] When time is no longer of the essence of the contract and no time for performance is specified, the promise must be performed within a reasonable time. Section 47 reads:
>
> > 47 Where, by the contract, a promisor is to perform his promise without application by the promisee, and no time for performance is specified, the engagement must be performed within a reasonable time.
>
> [23] As to what is a reasonable time to have the contract performed is, in each particular case, a question of fact. But where one party has been guilty of unnecessary delay the other may give him a notice fixing a reasonable time at the expiration of which he will treat the contract as at an end. The remedy at law for one party to call off the contract unilaterally in this way if he finds the other guilty of unnecessary delay has survived unscathed to the present day because equity would not assist the party who had been guilty of impropriety (see *Jamshed Khodaram Irani v Burjori Dhunjibhal* [1915] 32 TLR 156 at p 157).

[33] Bagi menyokong hujahan plaintif, mereka telah bergantung kepada fakta-fakta berikut:

(a) masa asal yang ditetapkan untuk pelaksanaan penghantaran misil adalah pada 30 November 2016;

(b) walaubagaimanapun, terdapat sekurang-kurangnya dua perlanjutan masa yang telah diberikan oleh defendan pertama di mana yang pertamanya tempoh pelaksanaan telah dipinda ke 31 Julai 2017 melalui kontrak tambahan pertama dan susulan itu dipinda lagi ke tarikh 30 April 2018 melalui kontrak tambahan kedua;

(c) walaupun wujud isu mengenai perlanjutan masa bagi kali ketiga, namun plaintif mendakwa bahawa melalui mesyuarat yang telah diadakan pada 2 Ogos 2018, pihak-pihak telah dikatakan bersetuju untuk memberikan lanjutan masa berikutnya sehingga 30 Mac 2019. Ini telah disokong melalui surat-surat defendan pertama yang masing-masing bertarikh 18 Julai 2018, 3 Oktober 2018 dan 12 April 2019 meskipun tiada kontrak tambahan yang rasmi; dan

(d) begitu juga, fakta menunjukkan bahawa pada masa sebelum kontrak utama dimasuki pada 6 Jun 2015, plaintif telah memaklumkan kepada

defendan melalui suratnya yang bertarikh 13 Mei 2015 bahawa misil akan hanya boleh dihantar kepada Tentera Darat Malaysia pada bulan November 2017 sepertimana surat GIDS bertarikh 28 April 2015. Ini terbukti bahawa apabila kontrak utama tersebut dimasuki, pihak-pihak masih mengekalkan tarikh penghantaran pada 31 Oktober 2016 meskipun plaintif telah memaklumkan bahawa misil akan hanya dapat dihantar pada November 2017. Menurut plaintif lagi, perkara ini telah disahkan oleh DW1 semasa soal-balas di mana dikatakan bahawa apabila pihak-pihak memasuki kontrak utama tersebut, mereka sebenarnya tahu bahawa tarikh penyerahan misil sememangnya akan dipinda selanjutnya dan ini adalah terbukti dengan kewujudan kontrak tambahan pertama dan kontrak tambahan kedua.

[34] Maka, berdasarkan segala fakta yang telah dinyatakan di atas, plaintif berhujah bahawa ianya telah menjadikan masa untuk pelaksanaan kontrak menjadi bebas dan ini sememangnya diketahui sendiri oleh defendan-defendan. Dalam keadaan itu, adalah dihujahkan selanjutnya bahawa plaintif berhak untuk melaksanakan tanggungjawab kontraknya asalkan ianya dilakukan dalam tempoh masa yang munasabah sepertimana peruntukan s 47 Akta Kontrak 1950.

[35] Mahkamah selanjutnya telah meneliti kes *Damansara Realty Bhd v Bungsar Hill Holdings Sdn Bhd & Anor* [2011] 6 MLJ 464; [2011] 9 CLJ 257 yang disandarkan oleh plaintif di mana Richard Malanjum HB (Sabah dan Sarawak) (Yang Amat Arif pada ketika itu) semasa menyampaikan penghakiman Mahkamah Persekutuan telah berpandangan seperti beikut di ms 481 (MLJ); ms 275 (CLJ):

> [41] Accordingly, it is our considered view that even if time was at large, there was still a duty on the plaintiff to commence work within a reasonable time. By failing to take the necessary steps to commence development for thirteen and a half years, the plaintiff has indeed breached the PDA which justified the issuance of the termination notice.

[36] Justeru itu, plaintif telah berpandangan bahawa memandangkan tempoh asal untuk mereka melaksanakan kontrak adalah selama 22 bulan daripada tarikh kontrak utama, maka tempoh masa yang munasabah untuk plaintif berbuat demikian adalah selama 22 bulan lagi daripada 30 April 2018 iaitu sehingga Februari 2022. Tarikh 30 April 2018 tersebut adalah merupakan tarikh yang dibenarkan di bawah kontrak tambahan kedua. Maka, dakwa plaintif lagi, memandangkan mereka telahpun melaksanakan obligasi kontraknya pada 17 Mei 2019, adalah jelas bahawa ianya telah dilaksanakan di dalam tempoh masa yang munasabah.

A **[37]** Berdasarkan yang sedemikian, plaintif berhujah bahawa masa telah menjadi bebas dan defendan kedua tidak lagi berhak untuk mengenakan ganti rugi sepertimana yang telah mereka lakukan. Oleh kerana itu, plaintif berpandangan bahawa segala tindakan defendan kedua adalah ternyata bersalahan dan tidak sah di sisi undang-undang.

B

[38] Berhubung isu ini, setelah mahkamah meneliti fakta-fakta yang dikemukakan semasa perbicaraan serta hujahan-hujahan yang dibuat oleh pihak-pihak, mahkamah mendapati bahawa kontrak utama telah pada asalnya menetapkan tarikh penghantaran misil adalah pada atau sebelum C 30 November 2016 sepertimana yang telah sedia dinyatakan di klausa 9. Pada tahap ini mahkamah mendapati bahawa klausa 9 adalah ternyata perlu dibaca bersama-sama dengan klausa 35 yang telah secara nyata dan terang memperuntukkan bahawa masa adalah merupakan inti pati kontrak. Sementara itu, klausa 39 pula memperuntukkan bahawa sebarang pindaan D kepada kontrak tidak akan menjadi berkuatkuasa melainkan sekiranya ia dipersetujui oleh kedua-dua belah pihak dan dibuat secara bertulis dan dimeterai melalui satu perjanjian tambahan.

E **[39]** Perkara ini adalah terbukti apabila wujudnya kontrak tambahan pertama dan kontrak tambahan kedua yang memberikan masa tambahan sepertimana yang telah dinyatakan di atas. Kedua-dua kontrak tambahan pertama dan kontrak tambahan kedua ini masih mengekalkan terma yang khusus berhubung dengan isu masa di mana ia adalah masih merupakan inti F pati kontrak. Ini jelas menunjukkan bahawa pada hakikatnya, terma yang utama ini tidak pernah diniatkan untuk digugurkan sama sekali oleh pihak-pihak.

[40] Mahkamah turut mendapati bahawa saksi plaintif iaitu PW1 telah G bersetuju semasa disoal balas bahawa apabila kontrak dimeterai dengan pihak kerajaan iaitu defendan kedua di dalam kes ini, maka pihak-pihak adalah terikat dengan terma-terma perjanjian tersebut. Perihal yang sama turut dipersetujui oleh plaintif yang melibatkan terma-terma yang sama di dalam kontrak tambahan pertama dan kontrak tambahan kedua.

H

[41] Selanjutnya, memandangkan plaintif tidak berupaya untuk melaksanakan penghantaran misil pada 30 April 2018 yang merupakan tempoh masa lanjutan di bawah kontrak tambahan kedua dan susulan daripada mesyuarat-mesyuarat yang diadakan di antara pihak-pihak pada I 2 Ogos 2018 dan 21 Disember 2018 bagi membincangkan isu ini, maka defendan-defendan telah bersetuju untuk memberikan plaintif tarikh yang akhir bagi penghantaran misil tersebut yang mana ianya telah dilanjutkan sehingga 30 Mac 2019. Walaubagaimanapun, adalah perlu ditekankan bahawa defendan-defendan telah jelas berpendirian bahawa ia adalah tetap tertakluk

kepada hak defendan kedua untuk mengenakan ganti rugi. Mahkamah mendapati bahawa hak ini nampaknya tidak sesekali pernah diabaikan oleh defendan-defendan terutamanya defendan kedua. Susulan itu, ganti rugi telah kemudiannya dikenakan oleh defendan kedua bermula daripada 30 April 2018. Perkara ini adalah diperkukuhkan lagi apabila ianya turut dipersetujui oleh PW1 semasa pemeriksaan balasnya.

[42] Maka itu, jikapun semasa pihak-pihak memasuki kontrak utama pihak-pihak nampaknya sedar bahawa masa akan dipinda sepertimana yang cuba dihujahkan oleh plaintif, mahkamah ini mendapati bahawa ia tidak sesekali bersifat menghalang defendan kedua daripada mengenakan ganti rugi. Ini adalah kerana pihak plaintif masih lagi terikat dengan kesemua kontrak yang dimasuki di antara pihak-pihak tersebut termasuklah yang terakhirnya melalui kontrak tambahan kedua yang jelas memperuntukkan masa penghantaran hanya dilanjutkan setakat 30 April 2018. Begitu juga, perkara-perkara yang berlaku selepas itu di mana wujudnya persetujuan perlanjutan masa oleh defendan kedua telah menangkis hujahan plaintif mengenai perkara ini.

[43] Berdasarkan itu, maka masa adalah tidak sesekali menjadi bebas di dalam kontrak ini. Defendan-defendan telah menyatakan dengan jelas berhubung tarikh akhir bagi penghantaran misil yang telah terdahulu sebelum itu dilanjutkan sehingga 30 Mac 2019 di samping berpegang kukuh kepada hak mereka untuk mengenakan ganti rugi yang turut diberikan notis kepada plaintif.

Sama ada defendan kedua berhak mengenakan ganti rugi?

[44] Memandangkan masa pelaksanaan adalah tidak menjadi bebas di dalam kontrak ini, maka susulan daripada itu dan secara umumnya, sesuatu pihak yang bersalah akibat kelewatan adalah perlu dikenakan ganti rugi. Dalam keadaan ini, plaintif telah juga menghujahkan, secara silih berganti, bahawa berdasarkan s 56(2) Akta Kontrak 1950, yang mana ia memperuntukkan suatu keadaan di mana pihak-pihak bersetuju bahawa masa adalah bukan merupakan inti pati pelaksanaan kontrak, maka di dalam keadaan ini pihak yang tidak bersalah hanya boleh mengenakan pampasan atas sebarang kehilangan yang dialami olehnya sahaja akibat daripada kelewatan tersebut.

[45] Dalam menyokong isu ini, plaintif berpegang kukuh kepada s 56(2) Akta Kontrak 1950 tersebut. Bagi maksud kemudahan rujukan, keseluruhan s 56 Akta Kontrak 1950 adalah kini dikemukakan yang secara khususnya memperuntukkan seperti berikut:

56 Effect of failure to perform at fixed time, in contract in which time is essential

A (1) When a party to a contract promises to do a certain thing at or before a specified time, or certain things at or before specified times, and fails to do any such thing at or before the specified time, the contract, or so much of it as has not been performed, becomes voidable at the option of the promisee, if the intention of the parties was that time should be of the essence of the contract.

B Effect of failure when time is not essential

(2) If it was not the intention of the parties that time should be of the essence of the contract, the contract does not become voidable by the failure to do the thing at or before the specified time; but the promisee is entitled to compensation from the promisor for any loss occasioned to him by the failure.

C Effect of acceptance of performance at time other than that agreed upon

(3) If, in case of a contract voidable on account of the promisor's failure to perform his promise at the time agreed, the promisee accepts performance of the promise at any time other than that agreed, the promisee cannot claim compensation for any loss occasioned by the non-performance of the promise at the time agreed, unless, at the time of the acceptance, he gives notice to the promisor of his intention to do so.

E **[46]** Maka, dengan bersandarkan kepada s 56(2) Akta Kontrak 1950, plaintif selanjutnya berhujah bahawa apabila diteliti fakta-fakta yang menyelubungi tindakan ini, adalah jelas ternyata bahawa sememangnya tiada sebarang kerugian yang berlaku di pihak defendan-defendan.

F **[47]** Berhubung dengan isu ini, defendan-defendan pula telah menghujahkan bahawa kes plaintif sebagaimana yang diplidkan adalah bahawa plaintif hanya menuntut untuk pengecualian ganti rugi, maka itulah mereka menuntut pemulangan ganti rugi sepenuhnya. Plaintif dikatakan bukannya memplidkan bahawa jumlah ganti rugi yang dikenakan adalah keterlaluan, G tidak munasabah dan tidak berasas. Justeru, plaintif adalah seharusnya terikat dengan pliding mereka sendiri. Jikapun dikatakan bahawa defendan-defendan gagal membantah semasa prosiding pemeriksaan soal balas terhadap saksi plaintif, namun fakta tetap menunjukkan bahawa kedudukan kes yang kini cuba dibawa secara silih berganti oleh plaintif adalah jauh tersasar daripada kes H utama plaintif tersebut. Ini adalah kerana kes plaintif sebagaimana yang diplidkan adalah bahawa defendan-defendan tidak berhak untuk mengenakan ganti rugi kerana masa tidak lagi menjadi inti pati kepada kontrak.

I **[48]** Defendan-defendan selanjutnya turut berhujah bahawa defendan kedua adalah berhak untuk mengenakan ganti rugi tersebut memandangkan plaintif telah gagal untuk menyerahkan misil tersebut sepertimana yang telah dipersetujui oleh pihak-pihak melalui kontrak tambahan kedua. Jumlah kuantum yang dikenakan oleh defendan kedua juga dihujahkan telah gagal disanggah oleh plaintif secara bertulis sebagaimana yang dipersetujui oleh

PW1. Hujah defendan-defendan lagi, segala formula yang dikenakan bagi mengira ganti rugi adalah jelas menurut peruntukan kontrak khususnya sepertimana di klausa 15.1.3 kontrak utama.

[49] Kedudukan defendan-defendan juga adalah dikatakan kukuh kerana telah ditambah pula dengan kewujudan persetujuan oleh PW1 bahawa defendan-defendan tidak pernah mengecualikan ganti rugi sekiranya misil tersebut dihantar selepas 30 April 2018 iaitu tarikh akhir yang ditetapkan melalui kontrak tambahan kedua. Malahan, plaintif telah dimaklumkan melalui perbincangan-perbincangan yang diadakan pada 2 Ogos 2018 dan 21 Disember 2018 bahawa ganti rugi akan tetap dikenakan bermula daripada tarikh 30 April 2018.

[50] Berhubung dengan isu ini, mahkamah mendapati bahawa defendan-defendan telah berjaya membuktikan bahawa pertamanya, telah wujud kemungkiran kontrak di pihak plaintif dan keduanya, kontrak yang berkenaan adalah ternyata memperuntukkan terma yang memberikan hak kepada defendan kedua untuk mengenakan ganti rugi. Jika ini berjaya dibuktikan, maka secara prinsipnya defendan kedua adalah seharusnya berhak untuk mengenakan ganti rugi, tidak kiralah sama ada kerugian sebenar telah dibuktikan ataupun tidak.

[51] Walaubagaimanapun, perkara ini tidaklah bermaksud bahawa penganalisaan berhubung isu ini hanya terhenti di situ sahaja. Ini adalah kerana plaintif masih boleh untuk menunjukkan bahawa ganti rugi yang telah ditetapkan oleh defendan kedua adalah keterlaluan dan tidak munasabah.

[52] Rumusan berhubung dengan perkara di atas adalah jelas diperuntukkan melalui s 75 Akta Kontrak 1950 yang memperuntukkan sebagaimana berikut:

> 75 Compensation for breach of contract where penalty stipulated for
>
> When a contract has been broken, if a sum is named in the contract as the amount to be paid in case of such breach, or if the contract contains any other stipulation by way of penalty, the party complaining of the breach is entitled, whether or not actual damage or loss is proved to have been caused thereby, to receive from the party who has broken the contract reasonable compensation not exceeding the amount so named or, as the case may be, the penalty stipulated for.

[53] Merujuk kepada s 75 Akta Kontrak 1950, ia jelas menunjukkan bahawa sekiranya sesuatu kontrak itu mempunyai klausa berhubung dengan isu ganti rugi atau pampasan, maka pihak yang tidak bersalah adalah dibenarkan untuk membuat tuntutan ganti rugi tetapi jumlahnya mestilah munasabah serta tidak melebihi jumlah yang telah ditetapkan di dalam kontrak. Jika dirujuk kepada hujahan plaintif berhubung dengan isu ini, mereka berpendirian bahawa

adalah merupakan undang-undang mantap di mana ganti rugi yang dikenakan mestilah tertakluk kepada suatu jumlah yang munasabah. Maka, hujahan yang dibuat oleh plaintif selanjutnya adalah bahawa memandangkan satu-satunya saksi di pihak defendan-defendan telah bersetuju serta menyatakan bahawa jumlah ganti rugi yang dikenakan oleh kerajaan adalah keterlaluan, maka sudah tentu ianya adalah merupakan suatu jumlah yang tidak munasabah yang dikenakan oleh defendan kedua.

[54] Berhubung isu ini, setelah mahkamah meneliti hujahan pihak-pihak, mahkamah mendapati bahawa walaupun defendan pertama telah mengenakan ganti rugi sejumlah RM10,312,812 yang mana perkara ini tidak sesekali diragui oleh mahkamah bahawa ianya adalah berpandukan kepada kontrak yang dimasuki oleh pihak-pihak, namun mahkamah tidak boleh menutup mata terhadap satu fakta yang penting di mana DW1 sendiri telah dengan yakinnya mengakui bahawa adalah sememangnya tidak wujud sebarang kerugian kewangan di pihak defendan-defendan walaupun wujudnya kegagalan di pihak plaintif untuk mengemukakan misil tersebut di dalam tempoh masa yang dipersetujui. Berhubung dengan perkara ini, kata DW1 lagi, apa yang wujud adalah hanya kerugian yang melibatkan isu perancangan operasi tentera. Itu sahaja! Namun, mahkamah tidak mempunyai apa-apa dokumen yang berkaitan dengan perkara ini untuk dirujuk bagi menunjukkan bagaimana operasi tentera telah menjadi tergendala. Maka, dalam isu ini, mahkamah bersetuju dengan hujahan plaintif bahawa defendan-defendan telah gagal melepaskan beban pembuktiannya bagi menunjukkan kewujudan kerugian tersebut.

[55] Selanjutnya, plaintif berhujah bahawa jumlah ganti rugi yang dikenakan sebanyak RM10,312,812 adalah keterlaluan kerana ia adalah sebanyak lebih kurang 24% daripada jumlah nilai kontrak.

[56] Bagi maksud ini, mahkamah merujuk kepada kes *Tekun Nasional v Plenitude Drive (M) Sdn Bhd and another appeal* [2021] 6 MLJ 619; [2021] 10 CLJ 206 di mana Hasnah Mohammed Hashim HMP ketika beliau menyampaikan penghakiman Mahkamah Persekutuan di ms 642–643 dan 646–647 (MLJ); ms 231 dan 235–236 (CLJ) telah dengan nyata dan jelasnya berpendirian bahawa:

> [54] When there is a clause on damages, the court must evaluate the reasonableness of the clause in question. What is 'reasonable' must naturally be based on the available evidence. Abdul Aziz J in *Wearne Brothers (M) Ltd v Jackson* [1966] 2 MLJ 155; [1966] 1 LNS 210 observed:
>
> > The distinction between liquidated damages and penalty has ceased to be of great legal importance because the result in either case is that the court must determine ressonable compensation.

[55] Section 75 of the CA provides:

> When a contract has been broken, if a sum is named in the contract as the amount to be paid in case of such breach, or if the contract contains any other stipulation by way of penalty, the party complaining of the breach is entitled, whether or not actual damage or loss is proved to have been caused thereby, to receive from the party who has broken the contract reasonable compensation not exceeding the amount so named or, as the case may be, the penalty stipulated for.

[56] The Federal Court in *Selva Kumar* sets out the guiding principle in construing the application of s 75 of the CA. The court must evaluate the clause against the available evidence to ascertain whether the amount calculated based on the clause is proportionate to the legitimate interest of the innocent party in the performance of the primary obligation. If the amount stipulated in the clause is exorbitant, then the clause must be regarded as an unreasonable 'penalty clause' and therefore void.

[69] Before the High Court, Plenitude did not adduce any evidence that sum stipulated in cl 11.2 is an accurate representation of its loss of profits so as to allow the court to determine whether or not their profit projection is highly speculative or grossly excessive to avoid unjust enrichment. On the facts and evidence, Plenitude failed to prove the sum claimed based on the formula. An award of damages must be proportionate to the loss suffered. Plenitude failed to prove its losses in order to receive the benefit of the cl 11.2 and must also necessarily fail to prove its losses in its claim for general damages.

[70] If the sum stipulated in the agreement is extravagant and unconscionable in amount in comparison with the loss which could conceivably be proved to have followed from the breach then it must be regarded as a penalty (see: *Clydebank Engineering Company v Yzquierdo y Castaneda (Don Jose Ramos)* [1905] AC 6). A genuine pre-estimate of damages, on the other hand, would be anticipated damages calculated reflective of the loss that a party to an agreement may suffer as a consequence of the breach. Damages which are excessive or disproportionate are not a genuine preestimate of loss and may be held by the court to be a penalty and, therefore, unenforceable. Lord Diplock in *Scandinavian Trading Tanker Co AB v Flota Petrolera Ecuatoriana (The 'Scaptrade')* [1983] 2 AC 694 at p 702:

> The classic form of penalty clause is one which provides that upon breach of a primary obligation under the contract a secondary obligation shall arise on the part of the party in breach to pay to the other party a sum of money which does not represent a genuine pre-estimate of any loss likely to be sustained by him as the result of the breach of primary obligation but is substantially in excess of that sum. The classic form of relief against such a penalty clause has been to refuse to give effect to it, but to award the common law measure of damages for the breach of primary obligation instead.

[71] We agree with the Court of Appeal that cl 11.2 appears to be a penalty clause under s 75 of the CA. It is settled law that if a sum is named in a contract is exorbitant and unreasonable for it to be paid in case of breach, it must be treated as a penalty and therefore void under s 75 of the CA.

[57] Berhubung isu ini, mahkamah selanjutnya mendapati bahawa jikapun kontrak utama telah mensyaratkan bahawa defendan kedua berhak untuk mengenakan jumlah ganti rugi yang pastinya turut telah dipersetujui oleh plaintif ketika memasuki kontrak utama tersebut, namun ianya bukanlah sesuatu yang boleh diterima secara bulat-bulat oleh mahkamah. Ini adalah kerana sepertimana yang telah dizahirkan di dalam kes *Tekun Nasional v Plenitude Drive (M) Sdn Bhd and another appeal* [2021] 6 MLJ 619; [2021] 10 CLJ 206 seperti yang telah dirujuk di atas, maka dalam keadaan yang sedemikian, klausa berhubung dengan isu ganti rugi tersebut adalah malangnya tidak dapat dikuatkuasakan. Bagi maksud ini, mahkamah telah mempertimbangkan di mana jumlah kontrak yang terlibat adalah sebanyak RM41,922,000 manakala jumlah ganti rugi yang dikenakan pula adalah sebanyak RM10,312,812. Berdasarkan ini, mahkamah mendapati bahawa jumlah ganti rugi yang dikenakan adalah melebihi 24.5% daripada jumlah nilai kontrak keseluruhan iaitu hampir satu perempat daripada jumlah RM41,922,000 yang mana ini adalah ternyata merupakan satu jumlah yang keterlaluan apatah lagi ditambah pula dengan fakta bahawa tidak wujud sama-sekali sebarang kerugian kewangan di pihak defendan-defendan sepertimana yang diakui sendiri oleh DW1.

[58] Berdasarkan isu ini, tidak keterlaluan jika mahkamah berpandangan bahawa pihak yang sebetul-betulnya yang mengalami kerugian adalah seharusnya plaintif kerana bukan sahaja defendan pertama telah memperolehi 400 butir Misil Bakhtar Shikan tersebut untuk kegunaan Tentera Darat Malaysia, malahan defendan-defendan menerima keuntungan pula apabila mengenakan sejumlah RM10,312,812 sebagai ganti rugi sedangkan tiada sebarang kerugian langsung daripada segi kewangan yang dialami oleh defendan-defendan. Maka, jikapun defendan kedua diarahkan untuk mengembalikan jumlah wang RM10,312,812 tersebut, ianya sama sekali tidak merugikan defendan-defendan kerana defendan kedua hanya membayar jumlah penuh harga misil tersebut yang manfaatnya telahpun diperolehi oleh defendan-defendan sepenuhnya daripada plaintif. Ini adalah jelas menjadi kesimpulan kenapa mahkamah berpandangan bahawa jumlah ganti rugi yang dikenakan tersebut adalah keterlaluan dan tidak munasabah.

[59] Mengenai isu yang dibangkitkan oleh defendan-defendan di mana perkara mengenai jumlah ganti rugi yang keterlaluan dan tidak munasabah yang cuba dibangkitkan oleh plaintif adalah tidak diplidkan, mahkamah mendapati bahawa jikapun ianya tidak diplidkan secara terperinci, namun perkara ini adalah masih tetap terangkum di bawah isu-isu ganti rugi yang telah dipohon pengecualiannya oleh plaintif serta tindakan pengenaannya yang dikatakan tidak munasabah dan tidak sah di sisi undang-undang. Hakikatnya, keseluruhan fakta yang relevan dan material telahpun diplidkan dengan jelas dan lengkap di dalam pernyataan tuntutan oleh plaintif.

[60] Bagi menyimpulkan perkara ini selanjutnya, mahkamah telah mengambil panduan daripada kes *Masjaya Trading Sdn Bhd v Kedah Cement Sdn Bhd* [2004] MLJU 758; [2004] 1 MLRA 762 di mana Gopal Sri Ram (kemudiannya HMP) telah memutuskan sedemikian di dalam penghakiman Mahkamah Rayuan di ms 770 (CLJ):

> Mr Lazar submits that we ought not to permit the plaintiff to succeed on the footing of estoppel because it was not pleaded. It is true that the plaintiffs pleaded case does not expressly raise estoppel. However, all the relevant facts on which an estoppel may arise were pleaded. That is sufficient. An express plea is not necessary: *Boustead Trading (1985) Sdn Bhd v Arab-Malaysian Merchant Bank Bhd; Lever Bros Ltd v Bell* [1931] 1 KB 557, per Scrutton LJ at pp 582–583. It was therefore open to the learned judge to find for the plaintiff on the basis of estoppel. He did not. We must.

[61] Begitu juga, Mahkamah Agong di dalam kes *Superintendent of Lands and Surveys (4th Div) & Anor v Hamit bin Matusin & Ors* [1994] 3 MLJ 185; [1994] 1 MLRA 300 melalui penghakiman Peh Swee Chin HMA di ms 189 (MLJ); ms 301 (MLRA) telah menyatakan bahawa:

> [12] A legal result or conclusion of law on facts proved before a court is generally not pleaded but only material facts which would lead to such a result or conclusion. When it comes to a defendant, eg it is not for him to say that he is not liable eg for a sum claimed, he must also plead when available, eg that the goods were never delivered, or that he has been mistaken for another buyer with a similar name etc. To say merely that he is not liable for the sum claimed is a legal result, which should not, strictly speaking have been pleaded but only stated in the prayers to the defence, in the form that claim be dismissed, though it is a normally acceptable and harmless harbinger of some material facts to follow by way of defence.

[62] Mahkamah juga turut mengambil kira situasi di mana jikapun dikatakan bahawa perkara tersebut masih perlu diplidkan, namun kegagalan untuk memplidkan isu pengenaan ganti rugi yang keterlaluan dan tidak munasabah itu adalah ternyata tidak menjadi estopel di pihak plaintif untuk membangkitkannya ketika perbicaraan. Ini adalah kerana berdasarkan kepada kes *Superintendent of Lands and Surveys (4th Div) & Anor v Hamit bin Matusin & Ors* [1994] 3 MLJ 185; [1994] 1 MLRA 300 di mana telah diputuskan bahawa sekiranya sesuatu perkara yang dibangkitkan semasa pemberian keterangan gagal dibantah oleh pihak lawan, maka keterangan itu akan masih diterima oleh mahkamah atas sebab kegagalan untuk dibantah pada masa dan ketika yang amat penting itu. Peh Swee Chin HMA telah merumuskan sepertimana berikut di ms 189–190 (MLJ); ms 302–303 (MLRA) penghakiman beliau.

> [14] The underlying well-known rationale for requiring such material facts to be pleaded is, of course, to prevent the opposing party from being taken by surprise by evidence which departs from pleaded material facts, for such evidence if allowed, will prejudice and embarrass or mislead the opposing party.

A [15] If a party is taken by surprise, he must object then and there at the point of time when such evidence emerges, for such evidence to be disregarded by the court, and the court will then uphold such timely objection. The court will generally however grant an adjournment if requested, on suitable terms as to costs etc for the pleading to be amended by the party seeking to adduce such evidence. One must bear in mind the need for an orderly adversary system of a court trial, not a chaotic harangue in a market place.

[16] A party is not taken by surprise when the circumstances actually indicate so, eg when such evidence is the very evidence sought to be relied on by him from the outset, or when he fails to object to such evidence then and there as this court now seeks to emphasize.

[18] We next deal with the fact that such evidence was not objected to timeously as being inadmissible on account of its being at variance with pleading.

[19] Generally in civil cases only, both parties can validate any mode of adducing evidence by consent, express or inferred, even when such mode is irregular, for any irregularity is deemed to be waived by such consent. Technical rules of evidence can be to a limited extent, even dispensed with by a court without such consent also, please see *Baerlein v Chartered Mercantile Bank* [1895] Ch D 488 similarly with technical rules of procedure. Therefore when such evidence represents a departure from pleading, it should be objected to as when and where it is adduced, and it will be too late when it only objected to later on, as in the final submission at the close of evidence as in the instant appeal. In these circumstances, the party facing such evidence at variance from pleading, by failing to object cannot be said to be taken by surprise, prejudiced, misled or embarrassed. Otherwise, the other side of the coin would be, in the event of such objection raised at the stage of final submission being accepted by the court, that the party adducing such evidence may face the great risk of being denied leave to amend his pleading in question at that stage.

[20] Such evidence when given without any objection by the opposing party will further have the effect of curing the absence of such plea in the relevant pleading, in other words, the effect of overcoming such defect in such pleading. As was stated by Federal Court in *Ang Koon Kau & Anor v Lau Piang Ngong* [1984] 2 MLJ 277 at p 278; [1984] 1 MLRA 488; [1985] CLJ Rep 24 (FC):

> Evidence given at the trial can therefore in appropriate circumstances overcome defects in the pleadings where the net result of such evidence is to prevent the other side from being taken by surprise.

[21] There is however, at least one important exception to such curing of defect of pleading by evidence departing from such pleading without objection then and there to such evidence.

I **[63]** Di dalam kes di hadapan mahkamah ini, adalah ternyata bahawa isu mengenai pengenaan ganti rugi yang keterlaluan dan tidak munasabah itu telah gagal dibantah oleh pihak defendan-defendan semasa pemeriksaan utama saksi plaintif serta saksi mereka sendiri iaitu DW1 ketika disoal balas oleh pihak plaintif. Dalam keadaan itu, sebarang bantahan yang hanya dibangkitkan

semasa di peringkat hujahan selepas perbicaraan adalah ternyata terlampau lewat untuk dibangkitkan. Mahkamah tidak berpandangan bahawa defendan-defendan menjadi terperanjat mengenai isu ini. Justeru, keterangan tersebut boleh diterima oleh mahkamah.

[64] Berdasarkan segala analisa dan dapatan mahkamah sepertimana yang telah dinyatakan terdahulu ini, mahkamah mendapati bahawa klausa mengenai ganti rugi tersebut adalah tidak boleh untuk dikuatkuasakan.

[65] Mahkamah turut mendapati bahawa berdasarkan kepada segala perkara yang telah dirungkaikan di atas, maka s 47 Akta Kontrak 1950 dan s 56(1) Akta Kontrak 1950 adalah tidak terpakai di dalam pertikaian ini sepertimana yang cuba dihujahkan oleh plaintif. Defendan kedua tidak pernah melepaskan haknya untuk menggugurkan pengenaan ganti rugi sepertimana yang diperuntukkan di dalam kontrak. Seksyen 47 Akta Kontrak 1950 memperuntukkan seperti berikut:

> 47 Time for performance of promise where no application is to be made and no time is specified
>
> Where, by the contract, a promisor is to perform his promise without application by the promisee, and no time for performance is specified, the engagement must be performed within a ressonsble time.
>
> Explanation — The question 'what is a reasonable time' is, in each particular case, a question of fact.

[66] Bagi maksud kelengkapan, mahkamah turut mendapati bahawa tidak timbul isu kononnya defendan-defendan mempunyai tanggungjawab fidusiari bagi memastikan plaintif dapat menyempurnakan tugas pembekalan misil tersebut. Sebarang hubungan yang wujud di antara pihak-pihak adalah semata-mata melibatkan hubungan kontraktual. Apa yang jelas pada pandangan mahkamah adalah plaintif sendiri yang telah lewat membekalkan misil tersebut berdasarkan permasalahan mereka sendiri.

[67] Begitu juga, setelah mahkamah meneliti fakta-fakta di dalam kes ini terutamanya berhubung dengan isu kelewatan di pihak plaintif, mahkamah mendapati bahawa tidak ada sebarang asas untuk mempertimbangkan tuntutan plaintif bagi ganti rugi am, ganti rugi teladan atau ganti rugi teruk sepertimana yang dituntut tersebut.

A KESIMPULAN

[68] Justeru itu dan bersesuaian dengan hasil penemuan di atas, mahkamah dengan ini membenarkan hanya penuntutan-penuntutan di perenggan-perenggan 63(I), (II) dan (V) pernyataan tuntutan sepertimana berikut:

B

(a) satu perisytiharan bahawa pengenaan ganti rugi yang berjumlah RM10,312,812 oleh defendan-defendan terhadap plaintif adalah salah, tidak patut dan/atau melanggar nas undang-undang;

C

(b) satu perintah untuk defendan-defendan membayar, secara bersama dan berasingan jumlah RM10,312,812 kepada plaintif; dan

(c) faedah ke atas jumlah penghakiman sebanyak 5% setahun bermula dari tarikh penghakiman sehingga penyelesaian sepenuhnya.

D

[69] Mengenai isu kos, mahkamah tidak memberikan apa-apa perintah mengenai kos kerana defendan-defendan pada dasarnya adalah sepatutnya berhak untuk mengenakan ganti rugi, cumanya, jumlah yang dikenakan adalah tidak munasabah. Di dalam masa yang sama, mahkamah tidak boleh menutup mata terhadap fakta bahawa wujud kelewatan di pihak plaintif. Justeru itu, tiada kos yang dikenakan terhadap defendan-defendan.

E

Sebahagian tuntutan plaintif dibenarkan tanpa kos.

F

Dilaporkan oleh K Selvaraju

G

H

I